

AJDA

AJDA2008 p.1139

Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ?

Aymeric Ruellan, Juriste-conseil

L'essentiel

L'analyse de la réglementation précisée par la position de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés ainsi que d'une partie de la doctrine montre que le délit de favoritisme prévu par l'article 432-14 du code pénal est applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Créé par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, le délit d'octroi d'avantage injustifié, couramment appelé délit de favoritisme, est actuellement défini par l'article 432-14 du code pénal.

Au regard de cet article, ce délit est constitué par le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux textes ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics et aux délégations de services publics. Il vise notamment les dépositaires de l'autorité publique, les personnes chargées d'une mission de service public ainsi que les agents de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte locales.

Le fait que l'article 432-14 du code pénal fasse référence à la notion de « marchés publics » conduit à s'interroger sur son application aux entités qui ne sont pas soumises au code des marchés publics mais à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

L'article 432-14 du code pénal doit-il être interprété comme ne visant pas les entités soumises à l'ordonnance précitée ?

Si l'article 432-14 du code pénal ne vise que les entités qui passent des « marchés publics », l'analyse de la réglementation précisée par la position du ministère de l'économie et des finances et par la doctrine montre que le délit de favoritisme est bien applicable également aux marchés des entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005.

L'exclusion du champ d'application de l'article 432-14 du code pénal des « marchés » des entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005

Le droit issu de l'ordonnance du 6 juin 2005 et du code des marchés publics distingue très clairement les « marchés publics » (soumis au code des marchés publics) des « marchés » (soumis à l'ordonnance de 2005).

L'ordonnance du 6 juin 2005 et ses décrets n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 (marchés passés par les entités adjudicatrices) et n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 (marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs) emploient le terme de « marchés ».

Dans ces conditions, si l'on fait une lecture stricte de l'article 432-14 du code pénal, on peut en déduire qu'il ne vise que les « marchés publics », c'est-à-dire les contrats soumis au code des marchés publics.

Les « marchés » soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 paraissent en conséquence ne pas être visés par le délit de favoritisme.

C'est l'avis d'une partie de la doctrine. Pour Jean-David Dreyfus, « il y a lieu de penser qu'en l'absence de toute référence à l'ordonnance du 6 juin 2005, les dispositions de l'article 432-14 du code pénal ne trouvent pas à s'appliquer pour cette catégorie de marchés qui ne constitue pas à proprement parler des marchés publics » (Portée du délit de favoritisme : *dura lex sed lex*, AJDA2007. 853 )

Dominique Fausser a estimé que « pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, le fait qu'ils ne passent pas des «marchés publics» au sens du droit national, pourrait ne pas les placer sur le terrain du délit de favoritisme, mais sur la base du délit de pratiques anticoncurrentielles [faits énoncés à l'article L. 420-1 du code de commerce et réprimés par l'article L. 420-6 du même code]. Le juge pénal fait d'ailleurs une analyse strictement identique à celle qu'il mène sur le fondement du délit de favoritisme : délit objectif par simple non-respect de la procédure en connaissance de cause [CADouai, 6^e ch. correctionnelle, 27 oct. 2005, n° 05-00646] » (comm. sur Crim. 17 oct. 2007, *Commune de Linas*, pourvoi n° 06-87.566 ; Revue électronique de jurisprudence de la commande publique {E-RJCP}, n° 37, 3 déc. 2007 [Localjuris]).

Le juge pénal ne recherche d'ailleurs, pour caractériser un fait constitutif du délit de favoritisme, que les manquements au droit des délégations de service public et des marchés publics. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle, que « pour que le délit de favoritisme soit constitué, il est nécessaire [...] qu'il y ait eu un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté et l'égalité des candidatures aux marchés publics » (Crim. 28 janv. 2004, pourvoi n° 02-86.597, AJDA2004. 885, note J.-D. Dreyfus )

La Cour de cassation, pour caractériser un tel délit, vérifie que le contrat en cause est un « marché public » ou une « délégation de service public ». Elle semble ainsi faire coïncider la violation des principes de la commande publique avec le seul cadre des marchés publics ou des délégations de service public.

Pourtant, le respect des principes de la commande publique ne concerne pas exclusivement les « marchés publics » du code des marchés publics mais tous les « marchés » dès lors qu'il y a une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Si l'on peut considérer que l'article 432-14 du code pénal ne vise que les « marchés publics », et donc pas les « marchés » des entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, l'analyse de la réglementation précisée par la position du ministère de l'économie et des finances et par la doctrine montre que le délit de favoritisme est bien applicable également aux marchés des entités soumises à l'ordonnance de 2005.

Le délit de favoritisme est bien applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005

Faut-il considérer que la notion de « marchés publics » telle que figurant à l'article 432-14 du code pénal ne se réfère qu'aux seuls marchés soumis au code des marchés publics ou qu'elle peut s'étendre à d'autres marchés, qui sont hors du champ du code des marchés publics, tels que les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ?

Force est de constater que l'article 432-14 du code pénal vise de façon générale les « marchés publics » sans préciser qu'il ne s'agit que des marchés soumis au code des marchés publics.

Bien que la loi pénale doive être interprétée de manière stricte, la notion de « marchés publics » à laquelle renvoie l'article 432-14 du code pénal peut être entendue plus largement. Il est possible de considérer qu'elle englobe également les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance de 2005 qui ne sont pas soumis au code des marchés publics.

Les marchés que passent les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 ne sont certes pas des « marchés publics » au sens du droit national, mais sont des marchés publics au sens du droit communautaire, lequel retient de cette notion une conception plus large, qui englobe les marchés passés par l'ensemble des personnes morales appartenant au secteur public, indépendamment de leur nature (établissement public, société de droit privé...) (dir. 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

On peut se demander si les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) sont concernés par l'article 432-14 du code pénal (v. à ce sujet D. Prémat, EPIC nationaux et délit de favoritisme, LPA24 mai 1996, n° 63, p. 4). Celui-ci vise les « établissements publics », sans faire de distinction entre les établissements publics administratifs qui sont, par leur nature, soumis au code des marchés publics et passent donc des « marchés publics » et les établissements publics industriels et commerciaux, qui ne sont pas soumis au code des marchés publics (à l'exception de l'Union des groupements d'achat public [UGAP]) et ne passent donc pas en principe des marchés publics.

Le fait que le législateur n'ait pas fait de distinction entre les deux catégories d'établissements publics amène à penser qu'il a entendu soumettre les EPIC à l'article 432-14 du code pénal.

La mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM) l'a d'ailleurs confirmé. Elle avait indiqué que « les contrats des établissements publics industriels et commerciaux visés à l'article 1^{er} de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 [\[1\]](#) sont, à raison de ces obligations [de publicité et de mise en concurrence prescrites par le décret n° 93-990 du 3 août 1993 [\[2\]](#)] assimilés à des marchés publics » et que « les EPIC nationaux sont soumis aux dispositions de l'article 432-14 du code pénal depuis la loi du 8 février 1995 [art. 10-1] » (6^e rapport d'activité [année 1998], sept. 1999, pp. 28 et 29).

Les manquements commis par les personnes physiques des établissements publics industriels et commerciaux nationaux n'ayant pas satisfait aux mesures de publicité et de mise en concurrence « sont susceptibles de constituer le délit d'octroi d'avantage injustifié, prévu et puni par l'article 432-14 du code pénal » (8^e rapport d'activité [année 2000], vol. 1, oct. 2001, p. 53).

Le fait que la mission interministérielle d'enquête sur les marchés ait « assimilé » les contrats des établissements publics industriels et commerciaux soumis à la directive « secteurs exclus » (aujourd'hui directive 2004/17/CE) à des « marchés publics » lui permet de considérer que ces contrats relèvent du champ d'application de l'article 432-14 du code pénal.

Cette position est confirmée également par une partie de la doctrine. Ainsi, Catherine Prébissy-Schnall a estimé que « le délit [de favoritisme] ne s'applique pas seulement aux marchés publics proprement dits mais à tous les contrats relatifs à la commande publique des organismes visés par l'article 432-14 du code pénal et notamment les marchés passés par les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat alors même qu'ils ne sont pas soumis au code des marchés publics » (*La pénalisation du droit des marchés publics*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2002, p. 43).

Le MINEFI a indiqué dans une étude parue sur « la responsabilité pénale des agents » que « l'article 10 de la loi du 8 février 1995 a inclus [à l'article 432-14 du code pénal] les contrats passés par les EPIC » (Notes bleues de Bercy, oct. 1998).

Aucune raison ne justifie, en effet, que le délit de favoritisme ne trouve pas à s'appliquer aux personnes physiques qui interviennent, au sein des entités soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, dans le processus de passation des marchés.

Des manquements aux principes de la commande publique cités dans l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005, selon lequel « les marchés et les accords-cadres soumis à la présente ordonnance respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics », peuvent, en effet, être commis au sein de ces entités, comme au sein des entités soumises au code des marchés publics. Ces manquements peuvent constituer des faits constitutifs du délit de favoritisme (ex : défaut de publicité, manquement au principe de traitement égalitaire dans l'examen des candidatures ou des offres, non-respect des critères de choix, etc.).

Lors du « chat » organisé par le site achatpublic.com sur « le risque pénal dans la commande publique » (27 oct. 2005 [\[3\]](#)), les avocats du cabinet KGA ont d'ailleurs indiqué que « le délit de favoritisme pourrait être constitué en cas de méconnaissance par ces personnes [pouvoirs adjudicateurs autres que les personnes visées par le code des marchés publics ou par des entités adjudicatrices] des règles qui leur sont imposées ».

L'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 s'applique aussi bien aux marchés d'un montant supérieur ou égal aux seuils du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance (206 000 € HT pour les marchés de services et de fournitures et 5 150 000 € HT pour les marchés de travaux) et aux seuils du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance, et aux marchés de ces entités dont le montant est inférieur à ces seuils.

Selon l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 février 2007 (Crim. 14 févr. 2007, *Elisabeth X.*, pourvoi n° 06-81.924, AJDA 2007. 853, note J.-D. Dreyfus [\[4\]](#)), la méconnaissance de l'article 1^{er} du code des marchés publics, qui s'applique à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal.

Par analogie avec cet arrêt, on pourrait tout à fait considérer que la méconnaissance de l'article 6 de l'ordonnance du 6 juin 2005 entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal, quel que soit le montant du marché.

Bien que le juge pénal ne se soit jusqu'à présent pas prononcé sur les marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs ou par des entités adjudicatrices non soumis au code des marchés publics, il devrait logiquement considérer que l'article 432-14 du code pénal tend à sanctionner l'ensemble des manquements pouvant intervenir en matière de commande publique, et donc les manquements commis par les personnes physiques intervenant dans le processus de la commande publique des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance de 2005, et pas seulement les seuls manquements au droit des délégations de service public et des marchés publics.

Il ne fait donc aucun doute que les marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 sont soumis au délit de favoritisme prévu par l'article 432-14 du code pénal.

Le juge pénal ayant à connaître d'un délit de favoritisme relatif à un marché passé en application de l'ordonnance du 6 juin 2005 pourrait ainsi considérer que l'article 432-14 du code pénal s'applique, quelque soit le montant du marché.

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Formation * Délit de favoritisme

(1) Cette loi avait transposé en droit national la directive 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(2) Décret d'application de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992.

(3) http://www.achatpublic.info/index.php?option=com_content&view=article&id=5298:le-risque-penal-dans-la-commande-publique&catid=30&Itemid=44

Copyright 2016 - Dalloz – Tous droits réservés